

論
説

売買契約の無効取消の効果について

——民法典成立後の諸学説の展開——

上
野
芳
昭

目 次

- 一 はしがき
- 二 給付物の返還について
 - (一) 初期の学説
 - (二) 給付物取戻訴権
 - (三) 所有物取戻訴権
 - (四) 不当利得の原則
- 三 物権的請求権について
 - (一) 中期の学説
 - (二) 物権的請求権
 - (三) 後期の学説
 - (四) 請求権の競合
- 四 要 約

一 はしがき

法律行為の無効と取消との間には、様々な差異が存在するが（民一一九条以下参照）、民法典は、「取消シタル行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト見做ス」と述べて（民一二一条本文）、無効と取消とが、その効果においては同一である旨を表明する。

法律行為の無効取消を主張する方法は、状況によって異なる。

たとえば、売買契約上の債務が未履行であるときには、無効取消の主張は、契約の相手方の履行請求に対して、債務の履行を拒む、という形でなされ、この履行拒絶の抗弁権は、永続する。

売買契約の履行として代金が支払われ、目的物の占有と（既登記不動産なら）所有権登記名義とが移転されている、というときには、無効取消の主張は、既に履行された給付の返還を要求する、という形でなされる（ただし、民七〇八条）。

民法典の成立後、我国の学説は、法律行為が無効であつたり、取消されたときの、当事者間における、給付物の返還請求に、いかなる法律構成を与えるか、をめぐって、変遷を重ねた。

初期の学説は、売買契約の無効取消は、両当事者の合意によって創設された、債権関係と物権関係を、共に消滅させる、としつつ（有因構成）、契約当事者間における、給付物の返還請求を、「不当利得ノ原則」によって、基礎づけた。

中期の学説は、売買契約の無効取消の効果について、債権関係と物権関係を分離しつつ（無因構成）、無効取消が、所有権の復帰をもたらす場合には、売主は、買主から目的物を取戻すために、所有権に基づく「物権的請求権」

を行使できる、と述べた。

後期の学説は、再び、有因構成に立ち戻ることによつて、日本民法典の体系へと、復帰するが、有因構成の下では、売買契約の無効取消は、当事者間に「無因の特約」なき限り、つねに所有権の復帰をもたらすから、売主が、買主から目的物を取戻すために行使しうる、不当利得返還請求権と、所有権に基づく物権的請求権とは、いかなる關係に立つのか、という問題が生ずる。

現行民法典は、「訴権ニ關スル規定ハ掲ゲナイ¹⁾」という方針の下に起草された。

所有者の「本権訴権」について規定する、旧民法典の条文は(旧財三六条)、この方針の下に削除されたが²⁾、この条文の規定する、「所有物取戻訴権」は、旧民法典が、フランス法から持ち込んだ、「訴権の体系」の中に、その位置を見出すべきものであり、現行民法典の成立から、時を経て、日本法学の中に持ち込まれた、ドイツ法の「所有物返還請求権」とは、異なるものであった。

初期の学説は、後に述べるように、「訴権の体系」の上に、構築されたように思われる。中期の学説は、ドイツ法の学説継受期に登場して、ドイツ法概念と理論とをもつて、構成されたものとなる。しかし、売買契約の両当事者の「無方式の」合意によつて、目的物の所有権は移転する、と述べる、日本民法典の下では(民一七六条)、ドイツ式の「無因構成」を採用しても、売買契約の無効取消は、多くの場合に、債権関係と物権関係を、共に消滅させることになる。かくして、後期の学説が、有因構成に復帰することは、必然の展開であつたが、そこには、厄介な問題が、待ち受けていたのである。

本稿は、以下で、民法典の成立後に形成された、諸学説の展開を跡付けながら、それらの学説が依拠した、諸概念と論理構成とを吟味し、最後に、今日の学説が立ち到つた問題を、検討することとしよう。

- （1） 法典調査会民法議事速記録（日本近代立法資料叢書四）三四七頁（一九八四年）。
- （2） 法典調査会民法議事速記録（法務図書館史料三）四八—四九頁（一九七七年）。
- （3） 訴権（ないしは訴訟）の体系が、旧民法典に持ち込まれてゐることを、M. G. Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un Commentaire*, tom. 2, (1883) p. 787 et suiv. ホブソナー・民法草案財産篇講義（二）人權部一三四二以下（一八八三年三月十六日講義）。

二 給付物の返還について

民法典の成立後、最初に形成された学説は、売買契約の無効取消は、両当事者の合意によつて創設された、債権関係と物権関係とを、共に消滅させる、としつつ（有因構成）、契約当事者間における、給付物の返還請求を、「不当利得ノ原則」によつて基礎づけるものであった。

（一）初期の学説

法律行為の無効取消の効果について、梅博士は、次のように述べる。

「一旦移転シタル所有権モ其旧主ニ復シ恰モ嘗テ他人ニ移転シタルコトナキモノノ如ク看做サルヘク当事者ノ為メニ生シタル債権モ初ヨリ嘗テ生シタルコトアラサルモノノ如ク看做サレ債務者ハ嘗テ債務者タリシコトアラサリシモノノ如ク看做サルヘシ」。

たとえば、売買契約の履行として給付行為がなされ、「当事者カ其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタルトキハ必ス之ヲ其相手方ニ返還セサルコトヲ得ス例ヘハ売買ニ於テ売主カ買主ヨリ代価ヲ受取リタルトキハ之ヲ返還セサルコトヲ得

ス又買主ハ売買ノ目的物ヲ受取りタルトキハ之ヲ売主ニ返還セサルコトヲ得サルナリ」。

これらの叙述は、民法一二一条の註解の中にあつて、無効と取消とに共通の説明として、存在する。「取消シ得ヘキ行爲ハ……一旦其取消アルトキハ……全ク無効行爲ニ異ナルコト」⁽⁵⁾が無いからである。

売買契約の無効取消は、無方式の「当事者ノ意思表示ノミニ因リテ」移転した(民一七六条)、目的物の所有權を「其旧主ニ復」せしめ、売買の合意によつて創設された債權關係を(民五五五条)、消滅させる。

売買契約の履行として給付行爲がなされているときは、契約の兩当事者は、彼が行爲能力を有する限り、「既ニ受取りタルモノハ悉ク之ヲ返還スルノ義務」⁽⁷⁾を負う。すなわち、売主は、「代価」を返還し、買主は、「売買ノ目的物」を返還することになる。

「詐欺又ハ強迫ニ因リテ法律行爲ヲ取消シタルトキモ亦不当利得ノ原則ニ依リ現存利益ヲ返還スヘキコト固ヨリナリ(七〇三)」⁽⁸⁾としつゝ、梅博士は、「詐欺又ハ強迫ニ因リ財産ヲ売却シタル者カ其売買ヲ取消シタル場合ニ於テ既ニ其受取りタル代価ヲ浪費シタルトスルモ其者ニシテ能力者ナランニハ其全額ヲ返還セサルヘカラス」⁽⁹⁾と述べる。売買契約の無効取消は、当事者間に行われた合意によつて創設された、債權關係と物權關係とを、まとめて消滅させる。契約の兩当事者は、相互に、一方が他方から受取つたすべての物を返還する義務を負うが、行爲無能力者は、「現ニ利益ヲ受クル限度」においてのみ償還の義務を負う(民一二一条但書)。売買の「代価」についても、「目的物」についても、契約当事者間における、給付物の返還請求は、「不当利得ノ原則……(七〇三)」によつて基礎づけられる、というのが、梅博士の見解であらう、と思われる。⁽¹⁰⁾

梅博士は、民法一二六条の註解の中で、売買の無効を理由とする「代価」の返還義務につき、売主は「不当利得ニ因リ之ヲ乙(『買主』)ニ返還スルノ義務ヲ負フニ拘ハラス(七〇三) 第百六十七条第一項ノ規定ニ依リ其實ヲ免

ルコトアルヘ」¹¹し、としつつ、売主が、買主に売買の目的物たる「不動産ヲ引渡シタルトキハ乙（『買主』）ハ第百六十二条ノ規定ニ依リ取得時効ヲ得ルコトアルヘシ」¹²と述べる。

この叙述は、売買の「代価」の返還義務と、「目的物」の返還義務とを、別異に取扱う趣旨にも読めるが、ただ、これは、売主が、買主に「其所有ノ不動産ヲ売却スルニ当リ精神ノ錯乱其他ノ事由ニ由リ意思全ク欠缺セリ」とされる設例についての叙述であり、「意思全ク欠缺セ」る者について、売買契約の履行としての「引渡し」行為を語りうるか、は疑問であろう。契約の履行行為を介することなく、不動産の占有が、所有者から他の者に移転したのであれば、そこには占有の侵奪行為があつたのであり、侵奪された不動産の取戻しは、既履行の売買契約の清算の論理によつてではなく、所有物取戻訴訟あるいは占有訴訟（民二〇〇条）の機能領域に属する事柄として、処理されることになるのである。

梅博士は、民法七〇三条の註解の中で、次のように述べる。

「本条（『民七〇三条』）ハ単ニ他人ヨリ所有權ノ移轉ヲ受ケ又ハ物ノ引渡ヲ受ケタル場合ニハ之ヲ適用スヘカラストスル者アリト雖モ是レ謬レリ……是等ノ場合ニ於テハ本条ノ規定ニ依リ債務アルモノト看做ササルモ所有物取戻ノ訴又ハ占有ノ訴ニ依リ適當ノ保護ヲ受クヘシト曰フ者アランニハ余ハ之ニ答ヘテ曰ハン若シ受益者カ其所有權若クハ占有ヲ留存スルトキハ不当ノ利得ヲ為スヘキカ故ニ所有權若クハ占有權ノ外別ニ一ノ債務ヲ生スルモノトスルヲ妥当トスト是レ次条ニ於テ特ニ其必要ヲ感スヘキ所ナリ。」¹³

民法典は、「所有物取戻ノ訴」の要件と効果を規定する条文を有しないから、右の叙述が、いかなる場合を念頭においてなされているのか、は必ずしも明確ではない。もつとも、特定物の所有權が、既に受益者に移轉している場合には、「所有物取戻ノ訴」が働かないことは、確かであろうから、右の叙述は、特定物の占有は受益者に移轉し

たが、所有権は原主のもとに存在する、という場合についてのものである。また、「占有ノ訴」が働くのなら、それは占有侵奪のあった場合である（民二〇〇条）。

所有物取戻訴訟も占有訴訟も働かない場面では、「物自体」の取戻しも、「物から生じた利益」の取戻しも、不当利得取戻訴訟によつてなされる他は無い。それに対して、「物自体」の取戻しが、「所有物取戻ノ訴又ハ占有ノ訴」によつてなされる場面では、不当利得取戻訴訟は、いかなる役割を果すのか。

梅博士は、「是レ次条ニ於テ特ニ其必要ヲ感スヘキ所ナリ」と述べる。「次条」とは、悪意の受益者の返還義務について規定する民法七〇四条であり、この条文の註解の中に挙げられている、「他人ノ金千円ヲ盗ミタル者」¹⁷についての設例を、他人の所有物を侵奪した者の例に引き直して言えば、侵奪された「物自体」の取戻しは、「所有物取戻ノ訴又ハ占有ノ訴」によつてなされるが、「物から生じた利益」の取戻しは、「所有権若クハ占有ヲ留存スル」ことによつて生じた「不当ノ利得」として、民法七〇三条によつて基礎づけられる、とするのが、梅博士の見解であつた、と思われる。¹⁸

売買契約の無効取消は、無方式の合意によつて、一旦は買主に移転した所有権を（民一七六条）、売主のもとに復帰させる。売買の目的物が、契約の履行によつて、既に買主に引渡されていれば、買主は、この物を売主に返還する義務を負うが、梅博士は、契約当事者間における、給付物の返還請求を、不当利得の返還請求として法律構成し、買主に対する目的物の取戻請求についても、これを所有物取戻訴訟の機能領域の外にあるものとして、理解してゐたようである。¹⁷

富井博士は、次のように述べる。

「無効ノ行為ハ直接ニ如何ナル効果ヲモ生スルコトナシ若誤テ之ニ基キ給付シタルモノアルトキハ一般ノ原則ニ

從ヒ其返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ」。⁽¹⁸⁾

富井博士は、「取消ハ遡及効ヲ以テ法律行為ヲ無効ト為スカ故ニ……当事者間ニ於テハ各々其行為ニ基キテ受ケタル利益ヲ返還又ハ償還セサルコトヲ得ス」としつつ、この返還義務は、「不当利得ノ原則」⁽²⁰⁾に基づくものである、と述べる。無効と取消とが、その効果においては同一であることからすれば（民二二一条本文、右の「一般ノ原則」は、「何人も正当な原因なしに他人の費用で利得することを許されない」という「一般原理 (le principe général)」⁽²²⁾を指すのでは、あるまいか。

現行民法典の成立後、我國の学説は、既履行の売買契約の当事者間における、給付物の返還請求に、いかなる法律構成を与えるか、をめぐって、変遷を重ねることになる。

初期の学説は、売買契約の無効取消は、両当事者の合意によって創設された、債権関係と物権関係を、共に消滅させる、としつつ（有因構成）、契約当事者間における、給付物の返還請求を、「不当利得ノ原則」によって、基礎づけた。

法律行為の無効取消の効果が、原則として、契約外の第三者に及ぶことについては、異論が無い（例外の場合として、民九四条二項、同九六条三項参照）。

売買契約の無効取消によって、売主のもとに復帰した、目的物の所有権は、買主が破産したり、買主の債権者が、売買の目的物を差押えたりした場合に、売主が行使する、取戻権ないしは第三者異議権の基礎となる（破八七条、民執三八条参照）。また、売主は、買主から目的物を譲受けた者に対して、所有物取戻訴訟を提起することができる、この訴訟の被告が、取得時効ないしは即時取得によって（民一二二条、同一九二条）、係争物の所有権を取得したような場合を除けば、目的物を取戻すことができる。⁽²³⁾

つまりは、売買契約の当事者間においては、「不当利得ノ原則」に基礎を置く、給付物取戻訴訟が係属し、契約外の第三者に対しては、無効取消によつて復帰した所有権に基礎を置く、所有物取戻訴訟が係属する、というのが、初期の学説の見解であらう。

初期の学説を内面的に理解するために、以下で、旧民法典から継承されたであらう、「給付物取戻訴訟」、「所有物取戻訴訟」、「不当利得の原則」といった諸概念について、検討することにしよう。

(二) 給付物取戻訴訟権

法典調査会において提示された民法一二一条の原型（『原案一二三条』）は、次のようなものであった。

「取消シタル行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス但無能力者ハ其行為ニ因リテ得タル利益仍ホ存スルトキニ限り之ヲ償還スル義務ヲ負フ」。

法典調査会における起草委員（梅謙次郎）の説明によれば、「此箇条ハ別段新シイ規定デゴザイマセヌ既成法典（『旧民法典』）財産編五百五十二条ニ之ト同ジ意味ノ箇条ガアツタノデ唯文字ニ少シ穩カナラヌ所ガアルヤウニ見エマスカラ其文字ニ聊カ修正ヲ加ヘタ文ケデアリマス」というものであった。

ボアソナード（Boissonade）以下、Bo.と略称する）の起草した、旧民法財産編五五二条は、次のように規定する。

「第一項 承諾ノ瑕疵ニ因リテ行為ノ銷除ヲ得タル成年者ハ其行為ニ因リテ既ニ受取リタル總テノ物ヲ返還スル責ニ任ス

第二項 無能力者ハ銷除ヲ得タル行為ニ因リテ仍ホ現ニ己レヲ利スル物ノミヲ返還スル責ニ任ス

第三項 右返還ヲ要求スル訴權ハ通常ノ時効ニ因ルニ非サレハ消滅セス」。

この条文は、法律行為を銷除した者の負う返還義務について規定するが、Bo.は、行為を銷除した者が、既に履行

した給付の返還を要求できることを当然の前提とした上で、本条の基礎となった。Bo.草案五七四条を起草したのであった。⁽²⁵⁾

旧民法典の「削除」という用語は、現行民法典においては、「取消」という用語に置き換えられたが、これらはフランス法の「相対無効」(a nullité relative)に対応する概念である。現行民法典の「無効」は、フランス法の「絶対無効」(a nullité absolue)に対応するが、フランス法における、これら二種の無効は、その効果においては同一である、とされる。⁽²⁶⁾

Bo.の『草案および註釈』（以下、「Projet」と略称する）の説明によれば、給付物の「返還ヲ要求スル訴権」は（旧財五五二条三項）、「l'action en restitution」であるが、この訴権が服する、「通常ノ時効」期間は、旧民法典においては、三十年であった⁽²⁷⁾（旧証拠一五〇条）。

契約当事者間における、給付物の返還請求において働く、この訴権を、本稿は、「給付物取戻訴権」と呼ぶことにするが、財産編五五二条の基礎となった、Bo.草案五七四条についての「Projet」の註解において、Bo.は、給付物の返還義務を、「何人も正当な原因なしに他人の費用で利得することを許されない」という「一般原理(Le principe général)」⁽²⁸⁾の適用として説明する。

法典調査会における起草委員（梅）の説明によれば、旧民法財産編五五二条「第三項ノ規定ノ如キハ言フヲ須チマセヌカラ削ルコトニシマシタ」⁽³⁰⁾というのであり、この説明に従えば、現行の民法一二一条の中には、給付物取戻訴権が内在していて、この訴権は、現行民法典における「通常ノ時効」に服する、ということになろう。

現行民法典において、給付物取戻訴権の服する「通常ノ時効」期間は、何年であるのか（民一六七条参照）。法典調査会において提示された民法一六七条の原型（『原案一六八条』は、次のようなものであった。

「財産権ハ所有權ヲ除ク他特別ノ規定ナキトキハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス」。

この原案は、「特別ノ規定ナキトキハ」という言葉を削られ、「所有權以外ノ財産権ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス」という文章に改められて、法典調査会を通過する^①。

その後、第九回帝國議會の衆議院における審議の結果、債權の「通常ノ時効」期間は、半減されて、「十年間」となり、現行の民法一六七条の文章が確定される^②。

他方、法典調査会において提示された民法一二六条の原型（『原案一二七条』）は、次のようなものであった。

「取消權ハ追認ヲ為スコトヲ得ル日ヨリ五年ヲ經過スルトキハ時効ニ權ル但此時効ハ相続人ニ対シテハ相続ノ日ヨリ其進行ヲ始メ又ハ之ヲ繼續ス

取消シ得ベキ行為ヲ為シタル日ヨリ普通ノ時効ニ必要ナル期間ヲ經過スルトキハ取消權ハ前項ノ規定ニ拘ハラス消滅ス」。

法典調査会における起草委員（梅）の説明によれば、「今ノ民法（『旧民法典』）デ普通ノ時効ハ三十年トナツテ居ル夫レデ今度ノ案テハ二十年ニナルカ三十年ニナルカ分リマセヌガ……唯『普通ノ時効』ト書ケバ分ルト思ツテ」^③、この原案は、「普通ノ時効」と書いたのであった。

法典調査会において提示された原案一六八条が、「普通ノ時効」期間を、「二十年間」と規定したときに、右の原案一二七条の第二項にも「二十年」という語が、書き込まれることになる。

つまりは、法典調査会案においては、売買契約の取消を主張する者が行使する給付物取戻訴權は、契約の形成された日から二十年の期間制限に服し（原案一二七条）、他方、取消の相手方の行使する給付物取戻訴權もまた、契約の形成された日から二十年の期間制限に服する（原案一二三条、同一六八条）、という形で、均衡が取られていたこ

となる。

民法一二六条の「五年間」の期間制限は、「黙示の追認」によつて、取消し得べき行為が、有効に確定する趣旨であるから、売買契約が無効であるときには、契約の両当事者が、各自の相手方に対して行使する給付物取戻訴権は、ともに契約の形成された日から二十年の期間制限に服することになる（民一一九条本文）。

しかし、債権の「通常ノ時効」期間が、半減されて、「十年間」となつた段階で、事態は、変化する。

売買契約の無効取消を理由とする、契約当事者間における給付物の返還請求を、「不当利得ノ原則」によつて、基礎づけた上で、この取戻訴権は、不当利得債権として、十年の期間制限に服する（民一六七条一項）、と法律構成すると、民法一二六条所定の「行為ノ時ヨリ二十年」の期間制限との關係が、問題となつてくる。

売買契約の取消を主張する者が行使する給付物取戻訴権については、契約の形成された日から二十年間は——もちろん、「追認ヲ為スコトヲ得ル時ヨリ五年間」の消滅時効が完成しない場合に限るが——、これを行使しうる、という帰結を承認せざるをえない。

それに対して、取消の相手方の行使する不当利得債権のほうは、十年の消滅時効の起算点を、契約の形成された日に設定すれば、民法一二六条所定の「二十年」が経過する以前に消滅時効が完成してしまうし、取消権の行使された日に起算点を設定すれば、契約の形成された日から二十年が経過しても、売買契約の清算が完了しない、という事態が生じうるであらう。

債権の「通常ノ時効」期間を、「十年間」とした段階で、民法一二六条の「普通ノ時効」期間をも、「十年」に修正しておけば、かかる不均衡は、回避されていたであろうが、民法一二六条が、今日の姿で存在する限り、解釈論としては、売買契約の無効取消を理由とする給付物取戻訴権は、契約の形成された日から二十年の期間制限に服す

る、と考えるべきでは、あるまいか。

現行の民法一二一条本文の文言の中に、「通常ノ」消滅時効に服する「給付物取戻訴権」の存在を読みとることは、おそらく不可能であろう。しかし、法典調査会における起草委員(梅)の説明によれば、この文言は、「原則ヲ掲ゲテ適用ハ始メカラ掲ゲナイガ宜シイ」という方針の下に、旧民法財産編五五二条の「文字ニ聊カ修正ヲ加ヘタ丈ケ」のものとして、起草されたのであった。

既履行の売買契約が取消されると、契約の両当事者は、相互に、各自が「其行為ニ因リテ既ニ受取りタル總テノ物ヲ返還スル」義務を負うが、行為無能力者は、「仍ホ現ニ己レヲ利スル物ノミヲ返還スル」義務を負う(旧財五五二条一項二項)。契約当事者間における、給付物の返還請求は、「通常ノ時効」に服する給付物取戻訴権の行使を通じて、なされるが(旧財五五二条三項)、Bo.の“Project”の説明によれば、給付物の返還義務を基礎づけるものは、不当利得の「一般原理」であった。

民法一二一条は、旧民法財産編五五二条とは異なる表現形式を採りつつ、同一の事柄を規定しているはずであるが、「通常ノ」消滅時効に服する「給付物取戻訴権」なるものの条文上の根拠を、「取消シタル行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス」という文言の中に、見出そうというのは、無理な相談であった。民法典に規定のない「訴権」によって、事柄を説明できないのであれば、給付物の返還義務を基礎づける「一般原理」を前面に出して、事柄を説明しつつ、その中に「給付物取戻訴権」の実質を織り込む以外に、方法は無い。

売買契約の無効取消は、当事者間に行われた合意によって創設された、債権関係と物権関係を、まとめて消滅させる。契約の履行として給付された物の返還請求は、売買の「代価」についても、「目的物」についても、契約当事者間においては、「通常ノ時効」に服する給付物取戻訴権の行使を通じて、なされるが、この返還義務を基礎づけ

るものは、「不当利得ノ原則」である、というのが、初期の学説の論理だったのでは、あるまいか。

法律行為の無効取消の効果は、原則として、契約外の第三者に及ぶ。無効取消を主張する売主は、買主から目的物を譲受けた者に対して、所有物取戻訴訟を提起することになるが、無効取消によって復帰した所有権に基づく、この訴訟を、売主は、買主に対して提起することは、できないのであろうか。

また、梅博士は、「不当利得ノ原則ニ依リ現存利益ヲ返還スヘキ……（七〇三）」旨を説きつつ、行為能力者は、「既ニ受取リタルモノハ悉ク之ヲ返還スルノ義務」を負う、と述べるが、「利益ノ存スル限度」の返還義務は（民七〇三条）、双務契約の清算の論理とは、適合しないのでは、あるまいか。

「不当利得ノ原則」が、一方で、契約当事者間における、給付物の返還義務を基礎づけつつ、他方で、民法七〇三条と結びついている、というとき、これら三者は、いかなる関係に立つのか。また、民法七〇三条の「利益」は、所有物取戻訴訟の対象となる特定物（『物自体』）を含む概念であるのか。

以下では、「所有物取戻訴訟」、「不当利得の原則」の順に、これらの事柄を検討することとしよう。

（三）所有物取戻訴訟

売買契約の無効取消は、無方式の合意によつて、一旦は買主に移転した所有権を（民一七六条）、売主のもとに復帰させる。売買の目的物が、契約の履行によつて、既に買主に引渡されているとき、売主は、無効取消によつて復帰した所有権に基づく訴訟を、買主に対して提起して、目的物を取戻し、あるいは、（既登記不動産なら）所有権登記名義の抹消を要求することが、できるのか。

現行民法典の起草者は、「訴権ニ関スル規定ハ掲ゲナイ」という方針の下に、所有者の「本権訴権」に関する旧民法典の条文を削除したが、それは、次のようなものであった。

「所有者其物ノ占有ヲ妨ケラレ又ハ奪ハレタルトキハ所持者ニ対シ本権訴權ヲ行フコトヲ得但動産及ヒ不動産ノ時効ニ関シ証拠編ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス」(財三六条一項)。

旧民法財産編三六条として法典化される、Bo.の草案は、三七条であるが、占有を奪われた所有者が行使する「本権訴權」は、Bo.によれば、「l'action en revendication」(以下、rev.訴權と略称する)⁽³⁶⁾であつた。Bo.草案三七条につづての“Projet”の註解において、Bo.は、次のように述べる。

「所有物取戻訴權 (rev.訴權) は、厳密な意味での權利 (un droit) ではなく、横領者に対する物的權利の行使 (l'exercice du droit réel contre un usurpateur) である」⁽³⁷⁾。

「所有物取戻訴權は、時効の前に、すなわち、多かれ少なかれ長期にわたる占有に基礎をおいた、適法な權利取得の法定の推定 (une présomption légale d'acquisition légitime) [「取得時効」の前に終息する」]。

この叙述によれば、旧民法典の rev.訴權は、「横領者」に対して行使され、しかも、消滅時効にかからないものであるが、rev.訴訟の被告となる「所持者」あるいは「横領者」とは、いかなる人々であるのか。

この問いに対する解答は、rev.訴訟が、フランス法の訴訟の体系において占める役割の中に見出されることになる。フランス法の訴訟(ないしは訴權)の体系の下で、訴訟は、行使される權利の性質に応じて、対物訴訟 (l'action réelle) 対人訴訟 (l'action personnelle) 混合訴訟 (l'action mixte) に分類される。対物訴訟では物的權利 (droit réel) が、対人訴訟では人的權利 (droit personnel) が、行使されるが、同一の法律行為から物的權利と人的權利とが生じたときに、それらを同時に行使する訴訟が、混合訴訟である⁽³⁸⁾。

不動産についての対物訴訟の枠の中で、訴訟は、さらに、本権訴訟 (l'action pétitoire) と占有訴訟 (l'action possessoire) とに分類されるが、rev.訴訟は、対物訴訟の典型であり、この訴訟においては、「所有權が争われる」⁽⁴⁰⁾。

混合訴訟は、不動産についてののみ存在するが、次の二類型に分けられる。⁽⁴⁾

(1) 不動産物権を創出または移転した、と同時に、人的な債務をも生み出した法律行為の履行を要求する訴訟。たとえば、不動産の売買契約に基づく引渡請求訴訟は、この類型に属する。

(2) 不動産物権を創出または移転した行為の無効 (Inanulation) 、解除 (la résolution) 等を要求する訴訟。たとえば、不動産の売買契約を無効ならしめ、目的不動産の返還を請求する訴訟は、この類型に属する。

混合訴訟の第一類型については、別稿で検討した。⁽⁴⁾ 以下では、第二類型について、売買契約の解除を例に挙げて述べられている事柄を、売買の無効に置き代えて、その論理を吟味することしよう。⁽⁵⁾

不動産の売主は、売買契約の無効を主張して訴訟を提起し、契約関係を消滅させた上で、目的不動産を取戻すことになるが、「彼が訴訟を提起しようとする、まさにその時に、彼は、単なる債権者として、もはや〔目的物の〕所有者ではなく、かつ、未だ再び所有者にはなっていない者として、立ち現われるのである。従つて、この瞬間には、彼が行使する訴権は、対人訴権でしかありえない。彼の所有者たる資格が姿を現わすのは、売買が既に……〔無効とされた〕その日からであるにすぎない。けれども、その時には、……〔無効の〕遡及効が、既にすべての人的な色合いを消去しているから、〔遡及効の〕結果として生ずることになる所有物取戻訴権は、対物訴権でしかありえないことになるのである」。⁽⁴⁾

無効訴訟が、混合訴訟の類型に属するためには、係争不動産が、「買主の手中にとどまっている……必要がある」。⁽⁵⁾ 売買契約の無効を主張する混合訴訟は、買主の住所地の法廷にも、不動産の所在地の法廷にも、提起されうるが、この訴訟において、「人的権利と物的権利とは、同時にではなく、順次に (successivement) 援用されるのである」。⁽⁶⁾ 対物訴訟の典型であるフランス法の rev. 訴訟は、契約関係に立たない当事者間に係属して、訴訟の当事者間にお

いては、係争物の「所有権が争われる」。また、フランス法の *rev.* 訴権は、消滅時効にかからない。⁽⁴⁸⁾

それに対して、不動産の売主が、売買契約の無効を主張して、買主から目的不動産を取戻すために提起する混合訴訟においては、当事者間で争われるのは、売買契約の成立と効力とである。不動産の売主が、買主との契約関係を消滅させるために行使する訴権は、対人訴権であり、これは、通常の消滅時効に服する（仏民二二六二条）。無効の遡及効によって復帰した所有権に基づいて、売主は、買主に対して *rev.* 訴権を行使できる、といっても、所有権の復帰をもたらす売主の対人訴権が、消滅時効にかかれば、この *rev.* 訴権は、もはや発生する余地が無い。つまりは、売買契約の無効を主張する売主が、買主に対して提起する給付物取戻訴訟においては、売主の行使する対人訴権も対物訴権も、ともに無効訴権の服する三十年の消滅時効にかかることになるのである（⁽⁴⁹⁾ 仏民二二六二条）。

特定物の買主が、売買契約の無効を主張して、売主から代金を取戻すために提起する訴訟は、混合訴訟ではなく、単なる対人訴訟である。⁽⁵⁰⁾ また、不動産の売主は、買主から目的物を譲受けた者に対して、*rev.* 訴訟を提起することができるが、この場合には、無効訴権は、買主との契約関係を消滅させるために働く対人訴権として、第三取得者に向けて行使される対物訴権に先行することになる。⁽⁵¹⁾

混合訴訟は、行使される権利に着目して定立された概念であるにもかかわらず、不動産についてのみ存在して、動産については存在しない。動産訴訟については、被告の住所地の法廷が、唯一の裁判管轄を有することと、「理論上、動産への追及権 (*droit de suite*) の欠如が、物的権利を行使する可能性を枯渇させている（⁽⁵²⁾ 仏民二二七九条一文）」⁽⁵³⁾ ことが、不存在の理由として挙げられるが、動産の売主が、売買契約の無効を主張して、買主から目的物を取戻す場合も、その論理は、不動産の場合と異ならないであろう。

フランス法の訴訟（ないしは訴権）の体系は、Bo. によって、旧民法典の中に持ち込まれる。⁽⁵⁴⁾ 旧民法財産編三六条

が、所有者の「本権訴権」について語るとき、それは、対物訴権の枠の中で、占有訴権と対立する概念としての本権訴権を指していたのであった。⁽⁵⁵⁾

Bo. が、旧民法典に持ち込んだ、訴訟の体系の下では、銷除ないしは無効とされた売買契約の当事者間に生じた、給付物の返還をめぐる争いは、典型的な対物訴訟である。この訴訟の守備範囲の外で、対人訴訟または混合訴訟によって、処理されることになる。特定物の売主は、対人訴権を行使して、買主との契約関係を消滅させた上で、買主の手中にある目的物を取戻すことになるが、彼が行使する給付物取戻訴権は、「通常ノ」消滅時効に服するのである（旧財五五二条三項参照）。

現行民法典は、「訴権ニ関スル規定ハ掲ゲナイ」という方針の下に起草されたが、このことをもって、旧民法典の「訴権の体系」が廃棄された、と見ることは、できない。「訴権の体系」を廃棄した、としても、それに代わるものを、現行民法典の起草者は、未だ手にしていなかったのである。今日、現行民法典は、「物権的請求権」についての明文の規定を欠いている、と言われるが、旧民法典との対比においていえば、現行民法典に欠けているのは、「本権ノ物上訴権」（旧財六七条の用語）についての明文の規定なのである。

（四）不当利得の原則

現行民法典が成立して間もない時期に形成された学説は、無効ないしは取消された売買契約の当事者間における、給付物の返還義務を、「不当利得ノ原則」によって基礎づけつつ、この「原則」と民法七〇三条とを結びつける。

しかし、民法七〇三条の規定する、「利益ノ存スル限度」の返還義務は、双務契約の清算の論理とは、適合しない。また、民法七〇三条の「利益」は、所有物取戻訴訟の対象となる特定物（『「物自体」を含む概念であるのか。

民法七〇三条の原型は、原案七一三条として、法典調査会において提示されたが、起草委員（穂積陳重）の説明

によれば、この条文は、旧民法「財産編三百六十一条ノ第一項ニ当リ」⁽⁵⁶⁾、「一般ノ不当利得」⁽⁵⁷⁾についての規定であつた。

旧民法財産編三六一条の基礎となつた、Bo. 草案三八一条についての「講義」において、Bo. は、述べる。

「旧民法ハ不当ノ利得ニ付キ……一般ノ原則ヲモ記載セス実ニ立法家ノ疎漏ト謂フ可キナリ」⁽⁵⁸⁾。

「旧民法ハ准契約ノ二箇ノ場合（『事務管理と非償弁済』）ヲ記スルニ止マルカ故ニ裁判所ニ於テハ其他ノ場合ニ付キ羅馬法ニ因リテ裁判ヲ為ス」多シ[*actio de in rem verso* のことであらう]我草案ハ右ニ反シテ完全ナル故ニ諸君ハ羅馬法律ニ参照スルノ煩ナシ」⁽⁵⁹⁾。

旧民法典は、財産編三六一条の第一項において、不当利得の「一般ノ原則」を規定しつつ、その第二項において、不当利得の諸場合を列挙し、さらに、数箇条の規定が後続する、という体裁を採っている。

この「一般ノ原則」の下で、「上ニ説キタル〔承諾の〕瑕疵ノ場合ハ草案第五百八十條ノ辺ニ記載ス可キカ故ニ其條ニ就キ説明スヘシ」と⁽⁶⁰⁾ Bo. は、述べるが、この「草案第五百八十條ノ辺ニ記載ス可キ」条文とは、後に財産編五五二条として成立する、Bo. 草案五七四條を指していたであらう。

旧民法典は、不当利得の中に、事務管理を含めていたが（旧財三六一条一項一号、同三六二條、同三六三條）、現行民法典は、事務管理と、不当利得とを分離する。また、旧民法財産編三六一条二項の「列挙」は、「例示的決定シテ制限的ノモノデアリマセヌ」⁽⁶¹⁾という理由によつて、取り除かれる。

原案七一二條は、「一般ノ不当利得ニ関シマス義務ノ發生致シマシタ所以ト夫レカラ其義務ノ範圍トヲ定メマシタ規定デアリマス」⁽⁶²⁾と起草委員（穂積）は、述べる。

不当利得の返還義務は、いかなる場合に発生するのか。「此七百十三條ハ不当弁済取戻ノ場合而已ナラズ外ノ広ク

他人ノ財産ヨリ利益ヲ受ケル『財産』ヨリモ、もつと実ハ広クシタイ位デアリマスガ前回ニ例ヲ出シマシタガ一ツモ善イ例ガナイ他人ノ財産ニ間違ヒカ何カデ以テ造作ヲ加ヘタ……此場合ハ不当弁済デモ何ンデモナイ、サウ云フ場合ハ幾ラモアリマス現ニ添附ノ場合ニ適用ハ幾ラモ頭ハレテ居リマス、サウ云フ場合モ此処ニ含マヌト困リマス』と起草委員（梅）は、述べる。

民法七〇三条は、この説明によれば、不当利得の成立する、すべての場合について、返還義務を基礎づける条文である、ということになるが、それなら、民法七〇三条と民法七〇四条以下の諸規定とは、いかなる關係に立つのか。この点につき、中島博士は、次のように述べる。

「〔民法〕第七百四条以下ハ不当利得ノ各場合ヲ規定セルモノニ非ス……皆之レヲ第七百三条ヨリ演繹セサル可ラス故ニ同条ハ単ニ共通ナル規則ナリト云ハンヨリハ寧ロ不当利得ノ唯一ノ規定ニシテ他ハ例外ヲ示スニ過キサルモノト云フ可シ」。

この立言の正しさは、民法七〇四条以下の諸規定の文章構造自体が、それを証している。すなわち、民法七〇四条は、不当利得の返還義務の存在を所与の前提とした上で、「悪意ノ受益者」の返還義務の範圍を規定したものであるし、民法七〇五条から民法七〇八条までは、「返還ヲ請求スルコトヲ得ス」という文言が示すように、「不当利得ノ訴権ヲ許サ、ルノ規定」⁽⁶⁵⁾として存在しているのである。

法典調査会における起草委員の説明の中で、双務契約の清算は、不当利得の実例として挙げられることは無かつたが、民法七〇三条が、不当利得の成立を基礎づける「唯一ノ規定」であるなら、法律行為の無効取消に基づく給付物の返還義務を、「不当利得ノ原則」によって基礎づける説明の中で、民法七〇三条が援用されることは、当然の事柄であつた。

しかし、民法七〇三条の規定する、「利益ノ存スル限度」の返還義務は、双務契約の清算の論理とは、適合しない。法典調査会における起草委員の説明によれば、「不当利得ノ權利ハ何処カラ出テ居ルカト申シマスレバ不法行為デナイ不法行為ト不当利得ト混ズルコトガアリマスガ其場合ハ不法行為デ処分スル……一般ノ場合ハ惡意又ハ過失ガナイト仮定シテ論ジナケレバナラヌ」というのであり、「双方共〔惡意又ハ〕過失ナクシテ始メテ不当利得ノ問題ガ起リマス」というのであった。

民法七〇三条所定の「利益ノ存スル限度」の返還義務は、両当事者の何れにも、「惡意又ハ過失ガナイ」場合に、「其得タ利益ガ存シナイ場合ニモ悉ク返サセルト云フコトハ不条理ナコトデアリマス」という理由で、設定されたものであり、行為能力者は、受け取った金銭を浪費しても、全額を返還すべし、とする梅博士の見解に対しては、「利益カ現存スルヤ否ヤハ事實問題ナリ仮令成年者ニ対スルモ受益現存ストノ推定ヲ下ス可キ根拠ナシ」と述べる、中島博士の反論を、正当とすべきであろう。

民法七〇四条の原型は、原案七一四条として、法典調査会において提示されたが、起草委員（穂積）の説明によれば、「惡意デ他人ノ財産ヨリシテ利益ヲ受ケマシタ場合ニ於テハ固ヨリ不法行為ノ中ヘ入レルコトガ出来ル」のであり、この条文は、不法行為の特則であつた。⁽⁷⁾「惡意」とは、「初メヨリシテ已レニ属ス可ラザルコトヲ知ツテ居ツテサウシテ他人ヨリ利益ヲ受ケマシタ場合」をいうから、強迫されて財産を売却し、代金を受け取った者は、右の意味における「惡意」者であることになる。しかし、強迫された者は、不法行為を行った者ではないから、不法行為の特則である民法七〇四条は、彼には適用されない。

要するに、民法七〇三条の規定する、「利益ノ存スル限度」の返還義務も、民法七〇四条の規定する、「惡意ノ受益者」概念も、何れも双務契約の清算の論理とは、適合しないのであり、このことは、これら二箇条の規定が、双

務契約の清算のために働くことを予定していなかった、ということを経証しているであろう。

無効または取消された売買契約の当事者間における、給付物の返還は、旧民法財産編五五二条から現行の民法一二一条に連なる論理に則してなされることが、事態に適合する。それなら、民法七〇三条と、民法一二一条との関係は、どのように理解されるべきであるのか。

旧民法典は、財産編三六一条において、不当利得の「一般ノ原則」を規定しつつ、この「一般ノ原則」の下で、法律行為の銷除を理由とする給付物の返還には、財産編五五二条が適用される、という論理構造を有していたようである。法典調査会における起草委員の説明によれば、民法七〇三条は、財産編三六一条一項の、民法一二一条は、財産編五五二条の、それぞれ後身であるから、これら二箇条の関係についても、右の論理構造が引き継がれている、と見るべきである。

無効または取消された売買契約の当事者間における、給付物の返還義務は、「何人も正当な原因なしに他人の費用で利得することを許されない」という「一般原理」の適用として説明される。この「一般原理」を、民法典の諸規定の上位に置けば、民法七〇三条と民法一二一条とは、ともに不当利得の「一般原理」を明文化した規定として、両者は、その適用領域を異にしている、ということになる。それに対して、民法七〇三条は、この「一般原理」を宣言した条文である、と考えれば、民法一二一条は、「不当利得ノ唯一ノ規定」である民法七〇三条の下で、法律行為の取消を理由とする給付物の返還請求に、その適用の場を有しているのである、ということになる。

何れにせよ、民法七〇三条が、無効または取消された売買契約の当事者間における、給付物の返還請求の場を、直接に支配することは無いのであり、この場を支配するのは、無効取消の論理、ないしは双務契約の清算の論理なのである。

民法七〇三条の「利益」は、所有物取戻訴訟の対象となる特定物（『物自体』）を含む概念であるのか。

法典調査会における起草委員（穂積）の説明によれば、「返還ヲ請求シマス者ハ何ンデアルカト言ヘバ利益デア
ル例ヘバ所有権ガ他ニアリマスソレヲ回復スルト云フノハ本条（『原案七一三条』）ナクテモ出来ル占有ガ他人ノ所
ニアレバ占有ヲ回復スルト云フコトハ本条ガナクテモ固ヨリ出来ルノデアリマスガ占有ガ移ツテ居ツタ為メニ得タ
利益ヲ回復スルニハ本条ガナクテハ出来マセヌソレデアリマスカラ此占有回復ノ訴ト共ニソレニ伴フテ立派ニ物權
ノ訴ヲ起シテ利益ノ返還ヲ請求スルコトガ出来マス」というのであつた。

この説明によれば、特定物（『物自体』）の回復は、所有物取戻訴訟または占有訴訟によつてなされ、不当利得
の返還請求は、「占有ガ移ツテ居ツタ為メニ得タ利益ヲ回復スル」ために、なされる、ということになる。つまりは、
民法七〇三条の「利益」には、「物自体」は含まれず、「物から生じた利益」こそが、本条にいう「利益」に該る。

不動産の占有が侵奪された、といった場合には、右の説明は、よく当て嵌る。しかし、「不当利得ノ中デ著シイノ
ハ彼ノ自分デ負フテ居ラナイ債務ノ弁済ヲ誤ツテ為スト云フ場合」である、と起草委員（穂積）が述べる、非債弁
済については、右の説明の妥当性が、疑わしくなる。民法七〇三条は、「不当弁済取戻ノ場合」を適用領域の中に含
むが、非債弁済は、「給付シタルモノ」を返還請求の対象とするからである（民七〇五条）。

フランス法の非債弁済につき、マゾー (Mazeaud) は、言う。

「非債弁済の対象が特定物であるとき、弁済者 (solvens) は、その物の所有者であり続けるから、受領者 (accipiens)
が、その物を譲渡していたなら、その第三者に対して、対物訴権のひとつである、*rev. 訴権* を行使することができる。
ただし、この訴権は、受領者に対して「非債弁済の」返還を要求する対人訴権 (*l'action personnelle en répétition*)
と、重畳することが、できない」。

この叙述は、あるいは、受領者のもとに特定物が止まる場合には、当て嵌らないのではあるまいか、という疑いがあるが、「非債弁済の返還を要求する訴権は、三十年の〔消滅〕時効にかかる」という叙述と合わせると、非債弁済の当事者間で働くのは、対人訴権であつて、受領者に対して特定物の返還を要求する場合も、⁽¹⁷⁾ 対人訴権が働くわけでは、ないようである。

日本法の非債弁済についても、同じ論理が当て嵌る、と考えると、法典調査会における、以下の議論が、理解し易くなる。

すなわち、起草委員の一人（梅）は、原案七二三条の次に、「法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産ヲ受領シタル者ハ其財産及ヒ之ニ依リテ取得シタル利益ヲ返還スル義務ヲ負フ」という条文を置くべし、とした上で、「一旦受取ツタ財産ハ還ス……即チ特定物ナラバ現存シテ居レバ其現存ノ物ヲ還ス……夫レカラ夫レニ依ツテ自己ガ利益ヲ受ケテ居レバ其利益ヲ還ス」と述べたが、さらに、「七百十三条ノ次ニ今ノヤウナ一箇条ヲ置クトドウモ重複ノ嫌ヒガアリマス……一旦ハ考ヘマシタガ先ヅ入レヌコトニ決心致シマシタ」と述べる。

民法七〇三条の「利益」の中に、非債弁済の返還請求の対象である「給付シタルモノ」（民七〇五条）を含めつつ、非債弁済の当事者間では、所有物取戻訴権は働かない、とすれば、非債弁済として給付された特定物（「物自体」）は、これを「利益」の中に含めた上で、返還請求の対象とされることになる。

梅の発言に対して、別の起草委員（穂積）が、「私ハ政宗（の刀）夫レ自身が利益デナイト言フシ梅君ハ政宗モ含ムト言ハレル」と述べるが、この見解の対立は、両者が念頭に置いていた不当利得の類型が、異なっていたために生じたのでは、あるまいか。

民法七〇三条の「利益」は、所有物取戻訴訟の対象となる特定物（「物自体」）を含む概念であるのか、という

問いに対しては、それは、所有物取戻訴訟の機能領域の問題である、と答えることになる。

- (4) (5) (6) 梅謙次郎・訂正増補民法要義卷之一総則編(第二五版)三二二頁(一九〇六年)。
- (7) 前出注(4)三三三頁。
- (8) (9) 前出注(4)三三四頁。
- (10) 梅博士は、「契約解除ノ場合ニ於テ当事者各自ニ不当ノ利得ヲ返還スヘキ義務アル場合」という風に述べる(梅・民法要義卷之三債権編〔初版〕四四八頁(一九〇七年))。
- (11) (12) (13) 前出注(4)三三七頁。
- (14) 前出注(10)八五六頁。
- (15) 前出注(10)八五八頁。
- (16) この点につき、中島玉吉・民法論文集二〇一一頁参照(一九一五年)。
- (17) 民法二二一条の註解と、民法七〇三条の註解との間には、所有物取戻訴訟に関する叙述に差異がある。これは、契約当事者間における、給付物の返還請求の場では、所有物取戻訴訟は働かない、とする見解の反映であろう、と思われる。
- (18) 富井政章・民法原論第一卷総論(第十七版)五三八頁(一九二二年)。
- (19) 前出注(18)五四九頁。
- (20) 前出注(18)五五一頁。
- (21) (22) Boissonade, op. cit. [tom. 2.] p. 769.
- (23) これらの点につき、富井・民法原論第二巻物権(第十七版)二六頁(一九二三年)、および、前出注(18)五五〇頁。
- (24) 法典調査会民法議事速記録(法務図書館史料一)二三四頁(一九七五年)。
- (25) Boissonade, op. cit. p. 768 et suiv.
- (26) これらの点につき、上野芳昭「法律行為の無効取消の効果について——当事者間における目的物の返還をめぐる——」幾代通先生献呈論集『財産法学の新展開』一〇九頁以下(一九九三年)。
- (27) Boissonade, op. cit. p. 738. p. 770.

- (28) (29) Boissonade, op. cit. p. 769.
- (30) 前出注 (24) 二三五頁。その外、箕作麟祥の質問に対する、梅の答弁参照 (二三六頁)。
- (31) 法典調査会民法議事速記録 (法務図書館史料二) 二三三頁 (一九七六年)。
- (32) 広中俊雄編著・第九回帝国議会の民法審議二五〇頁 (一九八六年)。
- (33) 前出注 (24) 二五六頁。
- (34) 前出注 (24) 二三四頁。
- (35) これらの点につき、前出注 (1)・(2) 所掲の文献参照。
- (36) (37) (38) Boissonade, *Projet*. tom. I. (1882) p. 92 et suiv.
- (39) Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, tom. I. (1961) p. 119 et suiv.
- (40) Weill et Terré, *Droit civil*. Les biens. 3^e éd. (1985) p. 437.
- (41) Solus et Perrot, op. cit. p. 126 et suiv. L. Cadet, *Droit judiciaire privé*, (1992) p. 353 et suiv.
- (42) 上野芳昭「売買契約における履行請求について——所有物取戻訴訟の機能領域をめぐって——」広中俊雄先生古稀祝賀論集『民法秩序の生成と展開』三五〇頁以下 (一九九六年)。
- (43) フランス法の無効概念については、前出注 (26) 一〇九頁以下参照。
- (44) Solus et Perrot, op. cit. p. 128 et suiv.
- (45) Solus et Perrot, op. cit. p. 127 et suiv.
- (46) Solus et Perrot, op. cit. p. 126 et suiv.
- (47) Cadet, op. cit. p. 354.
- (48) Weill et Terré, op. cit. p. 438.
- (49) 「真の所有者が、彼の物的権利を承認させるために、無効または解除の訴訟を提起すべきとき、彼の所有物取戻訴訟 (action en revendication) は、まことに、無効訴権または解除訴権の「消滅」時効期間に服する」(A. Bousiges, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, thèse ronéot. Poitiers. (1982) P. 306.
- (50) Solus et Perrot, op. cit. p. 127.
- (51) Solus et Perrot, op. cit. p. 128.

(52) Solus et Perrot, op. cit. p. 126.
(53) Solus et Perrot, op. cit. p. 122.

なお「動産の対物訴訟は、対人訴訟として扱われる」旨 Aubry et Rau, Droit civil français. tom.12. 6^{ed}. (1958) p. 16.

(54) 前出注 (3) 所掲の文献参照。

(55) Boissonade, Projet. tom. I. (1882) p. 94.

(56) (57) 法典調査会民法議事速記録 (日本近代立法資料叢書五) 一五六頁 (一九八四年)。

(58) 前出注 (3) の『講義』四三二丁。

(59) 前出注 (3) の『講義』四三七丁。

(60) 前出注 (3) の『講義』四六六丁。

(61) (62) 前出注 (56) 一五六頁。

(63) 前出注 (56) 一九一頁。

(64) (65) 前出注 (16) 五六頁。

なお、「非債弁済ニ就キテハ……第七百三条ヨリ演繹スルカ或ハ第七百五条ノ反面解釈トシテ之レヲ定ムル」か、の何れかである旨、前出注 (16) 七二頁。

(66) 前出注 (56) 一六六頁〔梅〕。

(67) 前出注 (56) 一八四頁〔穂積〕。

(68) 前出注 (56) 一五八頁〔穂積〕。

(69) 前出注 (16) 一〇一頁。

(70) 前出注 (56) 一九七頁。

(71) 前出注 (56) 二〇二頁、二一〇頁〔梅〕。

(72) 前出注 (56) 一七二頁〔穂積〕。

(73) 前出注 (56) 一五七頁。

なお、ここで、穂積は、不当利得取戻訴訟を、「物権ノ訴」と呼んでいるが、これは、「ばあそなあーど氏ハ物上訴權ト之ヲ言フテ居ル」、用語法によったものである (前出注 (56) 一五六頁〔穂積〕)。

- (74) 前出注 (56) 一六二頁（穂積）。
- (75) 前出注 (56) 一五七頁。
- (76) (77) Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil. tom. 2. (1^{er} vol.)*. Obligations. 8^e éd. (1991) p. 810.
- (78) (79) 前出注 (56) 一九一頁。
- (80) 前出注 (56) 一九二頁。
- (81) 前出注 (56) 二二二頁。

三 物權的請求權について

大正年代に入つて形成された学説は、売買契約の無効取消の効果について、債権関係と物権関係を分離しつつ（無因構成）、無効取消が、所有權の復歸をもたらす場合には、売主は、買主から目的物を取戻すために、所有權に基づく「物權的請求權」を行使できる、とするものであった。

(一) 中期の学説

法律行為の無効取消の効果について、中島博士は、次のように述べる。

「取消シ得可キ行為ニヨリ債権關係ハ既ニ成立セルモ未タ之ニ基ク給付行為ナキ前ニ取消サレタル場合……始メヨリ其債権關係ハ成立セサリシモノト見做サル可キノミ未タ物權ノ移轉ナキカ故ニ物權カ当然旧主ニ復歸ス可キカ或ハ取消權者ノ請求ヲ須テ回復セラル可キヤノ問題ヲ生セス」。⁽⁸²⁾「無効行為ハ〔給付行為のない場合〕法律行為トシテ存在ヲ有セス故ニ救済スル能ハス」。⁽⁸³⁾

中島博士は、「物權行為トハ直接ニ物權ヲ設定移轉變更又ハ消滅セシメントスル意思表示ナリ（第百七十六条）物

權上ノ効力ハ債權契約ニヨリ生スルコトナク必ス直接ニ物權其ノモノヲ設定移轉變更消滅セシメントスルノ意思表示アルコトヲ要ス⁽⁸⁴⁾と述べるが、売買契約においては、「債權的原因行為」たる売買契約が先ず締結され、その履行としての「物權的給付行為」が後続する、という論理構造が、採られている⁽⁸⁵⁾。これらの「行為」が、別個の存在である以上、各自の運命に服するのは、当然のことであり（無因構成）、以下は、二個の「行為」が、既になされた場合——要するに、契約上の債務が既履行の場合——についての叙述である。

(1) 「原因行為ハ取消サレタルモ給付行為ノ有効ナル場合……〔民法二二一条〕本文ノ場合ニ於テハ原状回復即チ各当事者ハ受益全部ノ返還義務ヲ負フモノト解ス可キ理由十分ナリト信ス然レトモ此ノ如クニ解セハ之レ民法ニ云フ不当利得ノ原則ニ依ルモノニ非サルコトヲ牢記スルヲ要ス

此ノ場合ニ於ケル取消ハ……取消ノ結果所有權ハ当然取消權者ニ復帰スルコトナシ故ニ取消權者ハ所有權ノ訴ニヨリ第三者ニ追及スルヲ得サルヤ明ナリ然ラハ当事者間ニ生スル利得返還請求權ヲ以テ第三者ニ對抗ス可キカ曰ハク然ラス債權ハ当事者間ノ權利ナリ故ニ第三者ニ對抗スルヲ得ス⁽⁸⁶⁾」。

(2) 「物權行為ノ取消サレタル場合……第二百一一条ノ明文ニヨリ……当事者間ニ於テ所有權ハ移轉セサリシモノトナル……故ニ当然取消權者ハ所有權者トナリ所有權ヲ取戻ス為メニ不当利得ノ訴ヲ起スヲ要セス又所有權ノ取戻ヲ目的トスル不当利得ノ訴ヲ起スヲ得ス蓋シ所有權ハ当然取消權者ニ歸シ相手方ハ所有權ヲ利得スル所ナケレハナリ尤モ相手方カ占有スル場合ニ於テハ取消權者ハ所有權ノ訴（*rei vindicatio*）ニ因リ之ヲ回復スルヲ得可ク又ハ占有ノ返還ノミヲ目的トスル不当利得ノ訴（*condictio possessionis*）ニヨリ之ヲ取戻スヲ得可シ……

第三者ニ対スル關係即チ相手方カ物權ヲ第三者ニ讓渡シタル場合……取消權者ハ所有者タルノ權能ニ基ツキ第三者ニ対シテ物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得第九十六條第三項ハ此点ニ關スル例外ナリ⁽⁸⁷⁾」。

(3) 「原因行為が取消シ得可キモノニシテ給付行為モ亦取消シ得可キ場合……實際ニ尤モ多ク生スルハ此ノ場合ナリ此ノ場合ニ於テハ原因行為ヲ取消シ且ツ給付行為ヲ取消ストキハ……（2）ト同一ノ結果トナリ第三者ニ對抗スルコトヲ得可シ反之原因行為ノミヲ取消ストキハ……（1）ト同一ノ結果トナリ給付行為ノミヲ取消ストキハ給付ハ当然復旧スヘキモ債権關係ハ消滅セサルモノトナル可シ」。

(4) 「無効行為ニ基キ給付ヲナシタル場合ニ於テハ当事者ハ互ニ相手方ヲ旧状ニ復セシム可キ義務ヲ負フ、即チ其受ケタル給付ヲ全部返還セサル可ラス、……原因行為が無効ニシテ同時ニ給付行為モ亦無効ナル場合ニ於テハ給付者ハ……原状回復ノ請求權ノ外ニ所有權ニ基ク返還請求權 (Rei Vindicatio) ヲ有ス……蓋シ此場合ニ於テハ給付行為ハ無効ナルカ故ニ給付者ハ所有權ヲ失ハス、而シテ相手方ハ占有ヲナスカ故ニ所有權ニ基ク訴權ニヨリ之ヲ取戻スコトヲ得ルナリ」。

売買契約の締結により、「債権關係ハ既ニ成立セルモ未タ之ニ基ク給付行為ナキ」場合とは、即ち、契約上の債務が未履行の場合であり、この場合における、無効取消の主張は、契約の相手方の履行請求に対して、債務の履行を拒む、という形でなされる。

売買契約の成立後、「債権的原因行為」の履行としての「物権的給付行為」がなされている場合とは、即ち、契約上の債務が既履行の場合であり、この場合における、無効取消の主張は、既に履行された給付の返還を要求する、という形でなされる（ただし、民七〇八条）。

「原因行為」の無効取消は、売買契約の各当事者に、「原状回復即チ……受益全部ノ返還義務」を負わせ、「給付行為」の無効取消は、売主に、復帰した「所有權ニ基ク返還請求權」 (rei vindicatio——以下、r. v. と略称する) あるいは、「占有ノ返還ノミヲ目的トスル不当利得」訴權 (condictio possessionis) を付与するが、これら二個の「行

為」の無効取消は、いかなる効果をもたらすのか。二個の「行為」が、ともに取消された場合についての中島博士の叙述によれば、その効果は、「給付行為」が、取消された場合と同一である。しかし、二個の「行為」が、ともに無効である場合についての叙述によれば、売主は、買主に対して、*r. v.*の他に、「原状回復ノ請求権」をも、行使できるようにある。

「原因行為」と「給付行為」とが、ともに、無効であつたり取消された場合に、売主が、買主に対して行使する、「原状回復ノ請求権」と、*r. v.*と、「占有ノ返還ノミヲ目的トスル不当利得」訴権とは、相互に、いかなる關係に立つのか。

中島博士によれば、「物権的給付行為」の無効取消は、「当事者間ニ於テ所有権ハ移転セサリシモノトナル……故ニ当然……〔売主は〕所有権者トナ」る、という効果をもたらす。売主は、売買契約の無効取消の効果によって、「当然……所有権者トナ」るから、「所有権ヲ取戻ス為メニ不当利得ノ訴ヲ起スヲ要」しないし、また、「所有権ハ当然……〔売主に〕帰シ相手方ハ所有権ヲ利得スル所」がないから、売主は、「所有権ノ取戻ヲ目的トスル不当利得ノ訴ヲ起スヲ得」ない。もっとも、買主が、目的物を占有する場合には、売主は、目的物を取戻すために、*r. v.*か、「占有ノ返還ノミヲ目的トスル不当利得ノ訴」かを、選択的に提起することができる。

無効または取消された売買契約の売主は、*r. v.*か、「占有ノ……不当利得ノ訴」かを、選択的に提起できる、ということとは、後者によつて取戻されるものが、目的物に限られる、ということの意味するであろう。そうであるなら、無効取消の効果によつて、「当然」に所有者となつた売主が提起する「占有ノ……不当利得ノ訴」とは、その実質において、*r. v.*と異ならない、ということになるのでは、あるまいか。

売主は、*r. v.*または「占有ノ……不当利得ノ訴」によつて、目的物を取戻すことができるから、彼が、買主に

対して行使しうる、「原状回復ノ請求権」は、いかなる役割を営むのか、が問題となる。

中島博士は、「原因行為」と「給付行為」とが、ともに無効である場合に、「給付者ハ……原状回復ノ請求権ノ外ニ所有権ニ基ク返還請求権……ヲ有ス」る、と述べる。無効とされた売買契約の買主は、「原状回復ノ請求権」を行使して、売主から代金を取戻し、売主は、「所有権ニ基ク返還請求権」を行使して、買主から目的物を取戻す、という風に、この文章を読めば、事柄は、単純となる。

しかし、売主は、前者の請求権「ノ外ニ」後者の請求権をも行使できる、というのが、この文章の趣旨であるとする。と、「原状回復ノ請求権」は、*r. v.* の行使によって実現される効果——即ち目的物の取戻し、という効果——を超える内容を実現するために行使されるのである、ということになる。

中島説の「原状回復義務」は、民法一二一条本文の場合に、「各当事者ハ受益全部ノ返還義務ヲ負フ」という効果を導出するために、不当利得の返還義務（民七〇三条）に代えて、採られた概念であった。「不当利得ノ尤モ多ク適用アルハ無因行為ニ在リ而シテ其返還義務ノ範囲ハ現存利益ニ限ル可キ性質ノモノニ非ス」という理由⁹⁰によって採用された「原状回復義務」は、その成立の事情からして、いわば、「受益全部ノ返還」を内容とする不当利得の返還義務であった。

売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらさない場合には、売主は、「原状回復ノ請求権」を行使して、買主から目的物を取戻すことになる。それに対して、無効取消の効果によって、所有権が復帰する場合には、売主は、*r. v.* を行使して、買主から目的物を取戻すことができるから、売主が、*r. v.* と選択的ではなく、*r. v.* 「ノ外ニ」行使する、「受益全部ノ返還」を内容とする不当利得の返還請求権、即ち「原状回復ノ請求権」は、目的物の取戻しを、その請求内容とは、していないはずである。

中島博士は、言う。「所有権移転セサレハ利得ナシト云フニ至リテハ不可ナリ……所有権移転セスト雖モ苟モ其ノ物ニ付キテ利益ヲ受クルナラハ是レ利得ニ非スシテ何ソヤ……占有ノ取得カ占有者ニ多クノ利益ヲ与フルハ既ニ述ヘタルカ如クニシテ……果シテ然ラハ所有権移転セスト雖モ猶不当利得ノ条件ヲ具備シ訴権ノ発生ヲ妨ケサルニ非スヤ」と。

つまりは、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらす場合には、売主は、r. v. を行使して、買主から目的物を取戻した上で、「原状回復ノ請求権」を行使して、「物から生じた利益」を取戻す、というのが、中島説の論理なのでは、あるまいか。

現行民法典の成立後、我國の学説は、売買契約の当事者間における、給付物の返還請求に、いかなる法律構成を与えるか、をめぐって、変遷を重ねたが、大正年代に入つて形成された、中期の学説は、ドイツ法の学説継受期に登場して、ドイツ法の概念と理論とをもつて、構成されたものとなった。

中期の学説の特徴は、売買契約の無効取消の効果について、債権関係と物権関係を分離する点にあるが（無因構成）、売主は、買主から目的物を取戻すために、復帰した所有権に基づく「物権的請求権」を行使できる、とする点においても、初期の学説と異なっている。

この「物権的請求権」概念こそは、ドイツ法の学説継受によつて、もたらされた、舶載の新概念だったのであり、以下で、この概念について若干の検討を行うことにしよう。

(二) 物権的請求権

「請求権」という語は、ドイツ法の „Anspruch“ という概念に当てられた訳語であるが、この概念は、日本民法典の構成要素となつてはおらず、民法典成立後に、日本民法学の中に持ち込まれたものである。⁽⁹²⁾

「請求権」ないしは「物上請求権」という術語は、明治時代の著作の中に、既に登場するが、「訴権」と「請求権」、「物上訴権」と「物上請求権」との差異が、どのように考えられていたのか、は明らかではない。この時期の学説の見解については、別稿において検討したから、ここでは、割愛する⁽⁹³⁾。

日本の民法学が、「請求権」ないしは「物権的請求権」についての体系的な叙述に接するのは、大正年代に入ってからのことである⁽⁹⁴⁾。この時期に、日本民法学は、ドイツ法の「請求権の体系」を手にし、この新しい体系の上に、学説が構築され、展開することになる。

ドイツ民法九八五条は、「所有者は、占有者に対して、物の取戻しを（Herausgabe）請求できる」と規定するが、この所有権に基づく取戻請求権は（Herausgabeanspruch）、ドイツ法においては、原則として、消滅時効にかかる（独民一九四条一項）。

中島博士は、「物権カ物ヲ占有スヘキ權利ヲ包含スル場合ニ於テ他人カ現ニ其物ヲ占有スルトキハ其他人ニ対シテ返還請求權ヲ生ス（Herausgabeanspruch）」と述べる⁽⁹⁵⁾。

所有物返還請求権（r. v.）の「請求権者ハ現時ニ於ケル所有権者」であり、「被告ハ現在ノ占有者」であるが、「所有権ノ訴ハ占有回収ノ訴ト異リ被告ノ占有ノ不法ナルヲ要セス⁽⁹⁶⁾」とされる。また、「（所有物）返還請求権ハ現時ノ占有ニ対ス而シテ占有者ノ善意悪意又ハ権原ノ有無等ハ凡テ之ヲ問フノ要ナシ⁽⁹⁷⁾」とされるから、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらす場合には、売主は、目的物の「現在ノ占有者」に対して、r. v. を行使して、買主、あるいは、買主から目的物を譲受けた者から、自己の所有物を取戻すことになるのである。

中島説は、「所有権ヨリ生スル請求権」も、十年の消滅時効にかかる、とする⁽⁹⁸⁾。したがって、中島説においては、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらさない場合に生ずる、「原状回復ノ請求権」と、所有権の復帰をもた

らす場合に生ずる、r. v.との間には、請求権の消滅時効期間についての差異は、存在しないことになる。

現行民法典が成立して間もない時期に形成された学説は、売買契約の無効取消は、当事者の合意によって創設された、債権関係と物権関係とを、一括して消滅させる、としつつ（有因構成、契約当事者間における、給付物の返還請求を、「不当利得ノ原則」によつて基礎づけた。売主は、買主から目的物を譲受けた者に対して、所有物取戻訴訟を提起することができるが、初期の学説は、旧民法典を通じて、フランス法から持ち込まれた「訴権の体系」の上に、構築されていたものの如くである。

中期の学説は、ドイツ法の学説継受期に登場して、ドイツ法概念と理論とをもつて、構成される。その特徴は、売買契約の無効取消の効果について、債権関係と物権関係とを分離する点にあるが（無因構成）、売主は、買主から目的物を取戻すために、復帰した所有権に基づく物権的請求権を行使できる、とされ、かつ、この物権的請求権は、消滅時効にかかる、とされる。

（三）後期の学説

やがて、我国の学説は、再び、有因構成に立ち戻るが、初期の学説が、依拠していた、と思われる「訴権の体系」は、既に、忘却の彼方にあつた。かくして、後期の学説は、中期の学説から継承した、「請求権の体系」の上に、構築されることになるが、有因構成の下では、売買契約の無効取消は、当事者間に「無因の特約」なき限り、つねに所有権の復帰をもたらすから、債権関係の消滅は、不当利得返還請求権を発生させ、物権関係の消滅は、所有権に基づく物権的請求権を発生させる、という論理は、これら両請求権の関係を、どのように法律構成すべきか、という困難な問題を、生ぜしめることになる。

また、中島説は、r. v.も、消滅時効にかかる、という見解を採っていたが、その後、我国の通説が、r. v.は、

消滅時効にかからない、という見解を採るようになると、不当利得返還請求権と、*r. v.*との間には、一方は、消滅時効にかかり、他方は、かからない、という不均衡が、生ずることになる。

民法典は、特定物売買の当事者間においては、目的物の所有権は、「当事者ノ意思表示ノミニ因リテ」移転する、と述べる（民一七六条）。

何らの方式も要求されない、この「意思表示」を、債権関係を創設する売買の合意（民五五五条）とは別個の、「物権的意思表示」と理解しても、「一個ノ契約ニ依リテ債権及ヒ物権ヲ発生セシ」⁽¹⁰⁾むることを原則とする法制度の下では、売買契約の無効取消は、「一個ノ契約」によって創設された、「債権及ヒ物権」の諸関係を、まとめて消滅させることになる。

かくして、末弘博士は、言う。「債物二の効力を同一の行為に因って発生せしめることを認めるやうな法律の下では、其行為の無効が発見せられ、取消又は解除されたやうな場合に、既に給付された特定物を取戻すのは、実質上物権的請求権の行使ではあるが尚且不当利得の一場合として総て其規定の適用を受くべきであると解する。之れが吾民法の解釈として具体的論理の要求する所である」⁽¹¹⁾と。

「債物二の効力」が、「同一の行為によつて発生せしめ」られるからには、その行為の無効取消が、「債物二の効力」を、ともに消滅させることになるのは、論理の必然であつた。「実質上……ではあるが尚且……である」という表現は、*r. v.*と不当利得返還請求権との関係についての議論を回避しつつ、売買契約の当事者間における、給付物の返還請求を、「不当利得の一場合」として構成しよう、とする意図の下に、採られたものであらう。つまりは、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらしても、売主は、買主に対して、*r. v.*を行使できるわけではない、というのが、末弘説であり、これは、物権的請求権の機能領域を限定する、という方法を用いて、初期の学説の内

容を実現しようとした見解である、と言うことが、できるであらう。

後期の学説は、有因構成を採用することによつて、日本民法典の体系へと、復帰したのであるが、しかし、物権的請求権概念が、日本民法学に導入された後では、すべてが元に戻る、というわけには、行かなかつた。

売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらすにもかかわらず、何故に、売主は、買主に対して、*r. v.* を行使することが、できないのか、という問いに対して、満足のいく解答を提示することは、難しかった。無因構成の下では、売主は、*r. v.* を行使して、買主から目的物を取戻すことが、できた。不当利得返還請求権は、無効取消が、所有権の復帰をもたらさない場合に、既履行の売買契約の清算のために、働けば、よかつたのである。有因構成を採用した途端に、*r. v.* を行使できなくなる、というのは、どういう訳か。

売買契約が、有効であれ、無効または取消されたものであれ、契約当事者間においては、*r. v.* は働かない、という論理は、物権的請求権理論の中には、存在しない。所有者は、自己の物の占有者に対して、*r. v.* を行使できる、というのが、物権的請求権の論理であつて、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらすのであれば、売主は、自己の物を占有する買主に対して、*r. v.* を行使できるはずであつた。

我妻博士は、次のように述べる。

「物権変動を生ずる法律行為は、ドイツ民法と異なり、全く何らの形式を要せざるものである……。かかる法制の下において、当該の法律行為の無効又は取消の場合にその返還請求の基礎を理論において峻別し、結果において異なるものとなすことは決して妥当なものではあるまい。むしろ、問題の場合における引渡したる物の返還請求は、所有権帰属に関係なく常に、法律上の原因なきことを理由とする不当利得の返還請求であつて、その詳細は前掲の占有の規定（『民一八九条ないし同一九一条、同一九六条』）の存する限りこれによつて定められると解することが

遙かに實際的ではあるまいか。

……所有権そのものについても、一般の説に従えば、所有権の移転なき以上相手方に『利得』なきが故に不当利得は成立しないというのであるが、……所有権の移転せざる場合にも、占有又は登記の移転あるときは、『利得』は存在する。目的物そのものの返還はこの『利得』の返還となすに何の妨げもないのではあるまいか^(註)。

我妻説は、「所有権の帰属に関係なく目的物の返還は不当利得の理論で統一する^(註)」という意図の下に、提唱されたが、法律行為の無効取消が、所有権の復帰をもたらず場合に働く不当利得とは、かの「占有の不当利得」(condictio possessionis)であつた^(註)。

右の意図の下に、我妻博士は、「目的物の返還請求者がその目的物の所有権を有する場合に、その返還請求を目して不当利得となすこと^(註)」の根拠を論証するのであるが、しかし、「目的物の所有権を有する」返還請求者は、自己の物の占有者に対して、何故に、*r. v.*を行使することが、できないのか。

我妻説に対しては、「占有の不当利得論は『所有権』に基づく返還請求権に不当利得返還請求権という構成をまとわせるための工夫である^(註)」という評価が、なされているが、我妻博士は、法律行為の無効取消が、所有権の復帰をもたらず場合に、売主が、買主に対して、*r. v.*を行使しうる可能性を、否定したわけではない、ということとは、以下の叙述によって、明らかである。

「特定物の譲渡を目的とする契約（売買・贈与など）が無効な場合には、当事者が有効と信じて占有や登記名義を移転しても、所有権は移転しない。従つて所有権の不当利得は生じない。のみならず、譲渡人は、所有権に基づいて占有の返還や登記の抹消（返還）を請求することができるから、その限りでは、不当利得返還請求権を認める必要はない……。しかし、目的物の交付を受けた当事者がこれを処分または消費した場合には……不当利得の返還

として処理することが……適切なものと考えられる」⁽¹⁰⁾。

売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらす場合に、売主は、買主から目的物を取戻すために、*r. v.* か、「占有の不当利得」返還請求権か、の何れかを行使することができ、これら二個の請求権は、請求権競合の關係に立つ、と我妻博士が考えていた、と見ることは、おそらく、正当では無いであろう。我妻博士は、売主が、買主に對して、*r. v.* を行使しうることを是認したのであり、ただ、事柄を「不当利得の理論で統一する」ために、實質は *r. v.* であるものを、「占有の不当利得」返還請求権という呼称で覆つたのでは、あるまいか。

売買契約の「当事者の意思……」によつて……原因なきに拘らず物権の移転を生ずる場合⁽¹¹⁾」には、売主は、買主から目的物を取戻すために、不当利得返還請求権を、行使することになる。我妻説は、「所有権の帰属に關係なく」、果実の返還については、民法一八九条を適用すべき旨を説くが、この解釈論は、いかなる意圖の下に提示されたのか。売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらす場合と、契約当事者間において、「無因の特約」が、なされた場合とを、効果において統合しなくてはならない必然性は、必ずしも、存在しないであろう。不当利得の返還請求に、民法一八九条を適用すべき必然性は、実は、所有権が復帰する場合についての、我妻説の論理構造の中に、存在していたのでは、あるまいか。

すなわち、「無因の特約」のある場合の不当利得返還請求に、民法七〇三条を適用すれば、所有権が復帰した場合の「占有の不当利得」返還請求にも、同条を適用することは、「理論……統一」の要請である。しかし、それでは、實質は *r. v.* であるものに、民法一八九条を適用することが、できなくなってしまう。

それに対して、「所有権の帰属に關係なく」、果実の返還については、民法一八九条を適用する、ということにしておけば、實質は *r. v.* であるものに、「占有の不当利得」なる呼称を与えても、事柄が、誤って処理される心配は

無い。つまりは、この法律構成は、「占有の不当利得」返還請求権に、 $r \cdot v$ の実質を付与するために、なされたのでは、あるまいか。

我妻博士は、 $r \cdot v$ は消滅時効にかからない、とするから、売主が、買主から目的物を取戻すために行使する権利が $r \cdot v$ であるなら、これは、期間制限に服さないことになる。他方、買主が、売主から代金を取戻すために行使する権利は、債権的権利であり、これは、期間制限に服する（民一六七条）。

もつとも、売買契約の取消を主張する売主が、買主に対して目的物の返還を要求する権利は、仮に、それが $r \cdot v$ である、としても、民法一二六条所定の期間制限に服する、と見るべきであるから、⁽¹⁰⁾ 売買契約の各当事者が行使する、給付物の返還要求権の間に、期間制限についての不均衡が——一方は、消滅時効にかかるのに、他方は、かからない、という意味で——生ずるのは、売買契約が無効である場合についてである、ということになる（ただし、民七〇八条）。

かかる不均衡を解消しよう、とすれば、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらしても、売主は、買主に対して $r \cdot v$ を行使できるわけではない、という論理が、必要となるが、既に述べたように、かかる論理は、物権的請求権理論の中には、存在しない。

我国の通説が、 $r \cdot v$ は消滅時効にかからない、という見解を採るに至って、はつきりしたのは、売買契約の無効取消の効果について、有因構成を採りつつ、売主は、買主に対して $r \cdot v$ を行使できる、とすることは、事態に適合しない、ということであった。 $r \cdot v$ は消滅時効にかからない、という見解は、契約関係に立たない、単なる物の侵奪者に対して、 $r \cdot v$ を行使する場合には、適切な解決をもたらす。つまりは、双務契約を清算する場合と、物が侵奪された場合とは、事柄の性質において、同一の取扱いを許さないものが、有るのであった。

無効または取消された売買契約の当事者間における、給付物の返還請求を、不当利得の返還請求として法律構成することにも、問題があつた。双務契約の清算の論理は、「既ニ受取リタル総テノ物ヲ返還スル」(旧財五五二条一項)義務を、行為能力者に負わせるが、この返還義務は、「利益ノ存スル限度」(民七〇三条)の返還義務と、その範囲において、異なる。また、売買契約の無効取消の場合に、給付受領者が、善意であつたか、悪意であつたか、に応じて、民法七〇三条と、民法七〇四条との適用を振り分けることは、事態に適合しない結果をもたらす。

事柄を「給付不当利得」として法律構成する見解は、「給付された物それ自体」と、「給付された物に付随して生じた利益」とを分離した上で、前者については、民法七〇三条、民法七〇四条は適用されないとする⁽¹⁸⁾。

しかし、「利得債権者が、移転していない『所有権』に基づいて返還請求することは許されないとする主張はいかにして成り立つのであろうか?」この問いに対しては、満足のいく解答が提示されていない、ということは、次のような見解が有ること、明らかであろう。

すなわち、四宮博士は、次のように述べる。

「〔売買〕契約の無効・取消の場合には、誤つて実行された契約の清算として、契約法的法理による不当利得が成立する。……ただ、所有権が移転しない場合には、そしてその場合にのみ、*r. v.* が——むろん可能的請求権として——成立する、と考へてなぜ悪いのであろうか。……*r. v.* 法と給付利得法を基礎にもつ現実的請求権は、やはり、*r. v.* 法の作用によつて消滅時効にかからない、というべきである」⁽¹⁹⁾。

この見解の説くところは、双務契約の清算に適合しない、と言ふべきであるが、しかし、これが、物権的請求権理論の是認する帰結であることは、疑いが無い。売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらしても、売主は、買主に対して *r. v.* を行使できるわけではない、という風に、*r. v.* の機能領域を限定しようとするれば、この目的

に適合する、特段の法律構成を工夫する必要が、有るであろう。

（四）請求権の競合

後期の学説は、有因構成を採用することによって、日本民法典の体系へと、復帰したのであるが、債権関係の消滅は、不当利得返還請求権を発生させ、物権関係の消滅は、所有権に基づく物権的請求権を発生させる、とする、中期の学説の論理構造は、廃棄されずに継承された。中期の学説は、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらす場合には、売主は、買主から目的物を取戻すために、（消滅時効にかからない） $r.v.$ を行使できる、と考えたが、後期の学説は、今や、買主に対する、（消滅時効にかからない） $r.v.$ を、「給付不当利得」返還請求権の背後に、退かせなくては、ならないのであった。

物権的請求権理論に内在する論理によって、これを為しえないのであれば、 $r.v.$ と、「給付不当利得」返還請求権とを、一旦は、併存させた上で、これら両請求権を、「請求権競合」の枠組に組み入れ、この枠組に内在する濾過装置によって、 $r.v.$ を除去する以外に、方法は無い。

ただし、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらす場合に、売主は、買主に対して、目的物の返還を請求する権利を、二個も有することになるのか、という点については、疑問の余地がある。

売買契約の無効取消によって、所有権が復帰すれば、売主は、 $r.v.$ を行使して、目的物を取戻せばよく、この場合、所有権の不当利得は、成立しない。売主は、「占有の不当利得」返還請求権を行使できる、と言ってみたところで、この請求権の実質が、 $r.v.$ であるなら、要するに、売主は、 $r.v.$ を行使するだけのことであろう。

また、「契約」を起点として発生した法律関係の後始末は、……つねに「契約」の清算として処理さるべき⁽¹⁷⁾である、とする見解は、「契約」の清算制度としての給付利得返還請求権を、少なくとも契約当事者間での給付の返還

にさいしては、つねに『所有権』に基づく返還請求権に優先させる」と説くが、この見解は、誤つて実行された契約の当事者間では、*r. v.* は成立しない、と言つているように見える。

請求権競合の議論は、売主が、買主に対して、目的物の返還を請求する権利が、二個、成立しうるところから、始まる。

売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらす場合には、売主は、買主に対して、目的物の取戻しに向けられた、*r. v.* と、「占有の不当利得」返還請求権とを、有しう。これら両請求権は、その実質においても異なる存在であり、後者こそは、双務契約の清算のために働く、「給付不当利得」返還請求権である、という風に、前提問題が構成されて後に、二個の請求権は、請求権競合の枠組に、組み入れられることになる。

r. v. と、「給付不当利得」返還請求権とを、請求権競合の枠組に組み入れたとき、両者の関係としては、次のものがありうる。

(ア)両者は、請求権競合の関係にある、(イ)両者は、法条競合の関係にあつて、もつぱら、*r. v.* が、働く、(ウ)同じ法条競合の関係にあるが、もつぱら、「給付不当利得」返還請求権が、働く、(エ)両者は、請求権規範競合の関係にある、というのが、ここで成立しうる、四通りの可能性であらう。

今日の通説は、*r. v.* は消滅時効にかからない、という見解を採るが、無効または取消された売買契約の当事者間における、給付物の返還請求権は、永続すべきではない、とすれば、売主は、買主に対して *r. v.* を行使できるとする、(ア)と(イ)とは、これを採ることが、できない。(エ)は、一見したところ、(ア)から(ウ)までの何れとも異なる取扱いを行うもののようにも見えるが、売主が、買主に対して行使する、目的物の返還請求権は、消滅時効にかかるか、という点に関する限りでは、(エ)は、(ア)から(ウ)までの何れかの取扱いを、踏襲するにすぎないであらう。ここでは、

(ア)と(イ)とが承認する結論——すなわち、目的物の返還請求権は、消滅時効にかからない、という結論——を導出する(二)は、これを採らない、ということになろう。

目的物の返還請求権は、消滅時効にかかるか、という吟味を経た後に残るのは、(ウ)と、消滅時効にかかることを承認する(エ)とであるが、吟味すべき事柄は、他にも有る。

法律行為の無効取消の効果は、原則として、契約外の第三者に及ぶことについては、異論が無い（例外的場合として、民九四条二項、同九六条三項参照）。

売買契約の無効取消によって、売主のもとに復帰した、目的物の所有権は、買主が破産したり、買主の債権者が、売買の目的物を差押えたりした場合に、売主が行使する、取戻権ないしは第三者異議権の基礎となる（破八七条、民執三八条）。また、売主は、買主から目的物を譲受けた者に対して、*r. v.* を行使することができ、*r. v.* の被告が、取得時効ないしは即時取得によって（民一二二条、同一九二条）、係争物の所有権を取得したような場合を除けば、目的物を取戻すことができる。

中期の学説は、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらさない場合に、売主は、「受益全部ノ返還」を内容とする不当利得返還請求権——中島説によれば、「原状回復ノ請求権」——を行使して、買主から目的物を取戻す、としつつ、この場合には、無効取消の効果をもって、契約外の第三者に対抗することはできない、と述べた。

売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらしても、売主が、買主に対して、目的物の返還を請求する権利が、債権的な「給付不当利得」返還請求権であるなら、無効取消の効果をもって、契約外の第三者に対抗することはできず、売主は、買主が破産した場合に、取戻権を行使し、あるいは、買主から目的物を譲受けた者に対して、追及権を行使することが、できないのでは、あるまいか、という疑問が、ここに立ち現われる。

中期の学説は、売買契約の無効取消によって、所有権が復帰すれば、売主は、r. v. を行使して、目的物を取戻すことができる、この場合には、無効取消の効果をもって、契約外の第三者に対抗することができる、とした。

鈴木教授は、売主が、買主に対して行使する権利が、債権的請求権であるなら、無効取消の効果をもって、契約外の第三者に対抗することが、できないから、売主が、買主に対して行使する、目的物の返還請求権は、これを「所有物返還請求権と不当利得返還請求権の中間的なものとして、考え」るべきである、と述べる。

後期の学説は、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらすことを、原則としつつ(有因構成)、契約当事者間に、「無因の特約」があれば、所有権は復帰しない、とするから、売主が、買主に対して行使する、「給付不当利得」返還請求権は、目的物の所有権が復帰する場合には、r. v. と債権的請求権の「中間的なもの」であり、所有権が復帰しない場合には、単なる債権的請求権である、という風に、請求権の法的性質を、振り分けておくことは、売主が、買主に対して行使する請求権の呼称に囚われずに、具体的な事案の処理を適切ならしめる、という利点がある。

しかし、無効または取消された売買契約の売主が、目的物の取戻しのために、買主に対して行使する請求権と、契約外の第三者に対して行使する請求権とは、別個の存在である。

売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらす場合に、売主は、契約外の第三者に対して、r. v. を行使することができるが、これは、目的物の所有権が、売主のもとに復帰したことから生ずる効果である。

中期の学説は、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらさない場合に、売主は、買主から目的物を取戻すために、不当利得返還請求権を行使する、と述べたが、この場合に、売主が、無効取消の効果をもって、契約外の第三者に対抗できないのは、買主に対して行使する請求権が、債権的権利であることの結果ではなく、無効取消が、

所有権の復帰をもたらさないために、売主は、契約外の第三者から目的物を取戻す手立てを持たない、ということの結果である。

後期の学説は、売買契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらす場合に、売主は、買主から目的物を取戻すために、「給付不当利得」返還請求権を行使する、と述べる。買主に対する、売主の請求権が、債権的権利として、法律構成されたのは、既履行の売買契約の当事者間における清算の舞台から、*r. v.*を退場させるためであつた。

無効または取消された売買契約の当事者間における、給付物の返還請求権に、いかなる法律構成を与えようとも、契約の無効取消が、所有権の復帰をもたらしていれば、売主は、契約外の第三者に対して、*r. v.*を行使することが、できるはずであり、売主が、買主に対して行使する請求権の法的性質の中に、契約外の第三者に対して行使される、*r. v.*の要素を織り込む必要性は、存在しない。

売主が、買主に対して行使する、目的物の返還請求権を、*r. v.*と不当利得返還請求権の「中間的なもの」として、法律構成する必要があるのは、したがって、この請求権は、消滅時効にかからない、といった結論を承認する場合である、ということになる。けれども、この請求権は、消滅時効にかからない、とすることは、既に述べたように、不当な結果をもたらす、と言うべきであるから、請求権の消滅時効に関する限り、「中間的な」請求権を承認する必要は無い、ということになる。

*r. v.*と、「給付不当利得」返還請求権との関係を、どのように考えるべきか、という問題については、四通りの論理的可能性のうち、(ウ)と、目的物の返還請求権は、消滅時効にかかる、と考える(エ)とが、残っていた。

無効または取消された売買契約の当事者間における、給付物の返還請求に関する限り、両者は、その見解を異にしない、と思われる。両者の見解が、分れうるのは、売買契約の履行として給付された「物自体」についてではな

く、給付された「物から生じた利益」について、であろう。我妻博士は、目的物から生じた果実について、民法一八九条を適用すべきことを主張したが、この条文は、もっぱら *r. v.* について適用される、とした上で、果実の返還義務については、この条文を適用すべし、とする見解は、右の(ウ)ではなく、(エ)に与することになるであろう。⁽¹⁰⁾

無効または取消された売買契約の売主が、買主から目的物を取戻すために行使しうる、*r. v.* と、「給付不当利得」返還請求権とを、請求権競合の枠組に組み入れ、この枠組に内在する濾過装置によつて、*r. v.* を除去した結果は、契約当事者間における、給付物の返還請求は、双務契約の清算の論理に服し、契約外の第三者に対する、売主の追及権は、所有権の論理に服する、ということとなつて、これは、初期の学説が説くところと、酷似したものとなつた、と言ふべきであらう。

とはいえ、売主が、買主に対して行使する、目的物の返還請求権を永続させよう、という見解にとつては、これは、是認し難い結論であらう。この見解の下に、請求権競合の枠組を操作すれば、濾過装置は、作動せず、*r. v.* は除去されずに、この枠組から出て来る。つまりは、請求権競合の枠組は、これを操作する者にとつて、都合の良い結論を吐き出して来るだけで、何れの見解を採る者も、相互に、異なる見解を採る相手方を、説得することは、できないのであつた。

民法典の成立後、今日に到るまでの学説の展開は、かくの如くであるが、諸学説の説くところは、様々であり、その光景は、あたかも学説の見本市の如き観を呈する。売主が、買主に対して行使する、目的物の返還請求権は、消滅時効にかかるのか、という点についてすら、見解の一致は、存在しないのであるが、しかし、この返還請求権を永続させよう、という見解は、我國の学説史において、*r. v.* は消滅時効にかからない、とされることになつて後に登場して来たのであり、これは、やがて克服されなくてはならない見解である、と言ふべきでは、あるまいか。

- (82) 前出注 (16) 二三二—二三三頁。
- (83) 中島玉吉・民法釈義卷之一總則篇〔再版〕六五七頁（一九二二年）。
- (84) 前出注 (16) 二三三頁。
- (85) 前出注 (83) 六五八頁、六七七頁以下。
- (86) 前出注 (16) 二三七—二四一頁。なお、前出注 (83) 六七九—六八一頁。
- (87) 前出注 (16) 二三三—二三五頁。なお、前出注 (83) 六七七—六七九頁。
- (88) 前出注 (16) 二四二—二四三頁。なお、前出注 (83) 六八一—六八二頁。
- (89) 前出注 (83) 六五八頁。
- (90) 前出注 (16) 二三九頁。
- (91) 前出注 (16) 一一一頁。
- (92) 川名兼四郎「請求権」法協二八卷五号八〇〇頁（一九一〇年）は、「吾民法ニ於テハ独乙民法ノ如ク特ニ請求権ノ意義ヲ定メタ規定ハナイカ請求権ノ觀念ヲ認メテ居ル」としつつ、民法典の条文が「一定ノ事項ヲ請求スルコトヲ得ルコトヲ定メテ居ルノテ乃チ請求ヲ為スノ權利ヲ認メテ居ルノテアル」と述べるが、これは、請求権概念が、日本民法典の構成要素となつてゐることの理由にはならない、と言ふべきであらう。
- (93) 前出注 (42) 三六三頁以下参照。
- (94) たとえば、鳩山秀夫「所有權より生ずる物上請求権」(一)(三)（未完）志林二卷二号、四号、二三卷二号（一九二〇—一九二一年）。
- (95) 通常の消滅時効期間は、三十年である（独民一九五條）。消滅時効にかからない場合として、独民九〇二條参照。
請求権が消滅時効にかかると、相手方は、履行を拒絶することができる（独民二三二條一項）。
- (96) 中島玉吉・民法釈義卷之二上物權篇上〔訂正三版〕一六頁（一九一五年）。
- (97) 前出注 (96) 二八三頁。
- (98) 前出注 (96) 二八六頁。
- (100) 前出注 (96) 二八七頁。

- (101) 前出注 (83) 八九九—九〇〇頁。
 - (102) 学説の転換期の文献として、鳩山秀夫・日本民法総論 (下巻) 六三六—六三七頁 (一九二四年)。
 - (103) 前出注 (23) 五二頁。
 - (104) 末弘厳太郎・物権法 (上巻) 九一頁註 (19)。さらに、九六頁註 (20) 参照 (一九二二年)。
 - (105) 我妻栄「法律行為の無効取消の効果に関する一考察——民法における所有物返還請求権と不当利得との関係——」(民法研究 II 総則) 一六八—一六九頁 (一九六六年)。
 - (106) 前出注 (105) 一八五頁。
 - (107) (108) 前出注 (105) 一七六頁。
 - (109) 川村泰啓「契約の無効・取消と不当利得」(契約法大系 VII 補巻) 一六九頁 (一九六五年)。
 - (110) 我妻栄・債権各論 (下巻二) 九八九頁。取消の場合につき、九九〇—九九二頁。なお、一〇六五頁 (一九七二年)。
 - (111) 前出注 (105) 一八五頁。
 - (112) 我妻栄・新訂民法総則四九五頁 (一九六五年)。
 - (113) 取消の相手方の行使する、給付物返還要求権につき、前出注 (26) 一二五頁以下参照。
 - (114) 山田幸二・現代不当利得法の研究四五二頁 (一九八九年)。
 - (115) 前出注 (109) 一七六頁。
 - (116) 四宮和夫・請求権競合論一六八—一六九頁 (一九七八年)。
 - (117) 前出注 (109) 一七五頁。
 - (118) 前出注 (109) 一七五—一七六頁。
 - (119) 今日では、民法九四条二項の類推適用が是認される場合も、ここに付け加えられることになるう。
 - (120) 鈴木禄弥「法律行為の無効と給付物の取戻し」(物権法の研究 二二七頁 (一九七六年))。
 - (121) 広中俊雄・物権法 (第二版増補) 二四九頁注 (5) (一九八七年)。
 - (122) ただし、「この点についてだけなら、一八九条を物権的請求権についてだけの規定と考えずに、不当利得で現物返還請求が問題となる場合にも準用される、と解すれば、ことはす」む旨、前出注 (120) 二三三頁注 (1)。
- 果実の返還については、前出注 (116) 一七一頁、一七四頁参照。

四 要 約

民法典の成立後、我国の学説は、法律行為が無効であつたり、取消されたときの、当事者間における、給付物の返還請求に、いかなる法律構成を与えるか、をめぐつて、変遷を重ねた。

後期の学説は、有因構成を採りつつ、無効または取消された売買契約の売主が、買主に対して行使する、目的物の返還請求権については、これを、（消滅時効にかからない）*r. v.*と、「給付不当利得」返還請求権との競合問題として、考えようとする。請求権競合論の混沌の中から、我々が、掬い上げるのは、契約当事者間における、給付物の返還請求は、双務契約の清算の論理に服し、契約外の第三者に対する、売主の追及権は、所有権の論理に服する、という解決であるが、それにしても、売買契約の無効取消といった、比較的ありふれた事案の解決のために、かくも厄介な議論を経なくてはならない、ということとは、本来、あつてはいけないのでは、あるまいか。

既履行の売買契約が、無効であつたり取消された場合の、契約当事者間における、給付物の返還請求のために、民法典が採用したのは、簡素な体系構成であつた。日本民法典は、「物権的請求権」概念を、知らなかった。この概念は、ドイツ法の学説継受によつて、日本民法学にもたらされ、民法典の体系の中に、割り込んで来たものであつた。

無効または取消された売買契約の売主は、買主から目的物を取戻すために、*r. v.*を行使することができない、という論理は、物権的請求権理論の中には、存在しない。後期の学説は、買主に対する、（消滅時効にかからない）*r. v.*を、「給付不当利得」返還請求権の背後に、退かせるために、これら両請求権を、請求権競合の枠組に組み入れる。

これは、民法典の体系の中に、物権的請求概念が、割り込んで来た結果として、生じた事態であつた。諸学説が、請求権競合の枠組から取り出す結論は、様々であり、その光景は、あたかも学説の見本市の如き観を呈する。しかも、何れの見解も、相互に、異なる見解を説得することが、できないのであつた。

請求権競合論の混沌の中から、我々が、掬い上げた解決は、初期の学説の説くものと、酷似する。これは、我々が、民法典の採用した体系構成に復帰すべきことを、示唆しているのでは、あるまいか。

(一九九七・三・三脱稿)